

LA SEGURIDAD SOCIAL DEL RETORNADO Y SU FAMILIA

Carlos García de Cortazar y Nebreda
(Subdirector General Adjunto de la Subdirección
General de Relaciones Sociales Internacionales)

Los sistemas de protección social, al evolucionar hacia servicios públicos esenciales, dejando atrás, temporalmente, sus raíces privadas, inician un proceso restrictivo de su campo de aplicación personal y geográfico para limitar sus beneficios exclusivamente a los nacionales dentro del territorio de soberanía de los Estados. Nacionalidad y territorialidad se configuran como elementos sustantivos de los sistemas de Seguridad Social. Si a esto unimos que la financiación de estos sistemas ya no se basa exclusivamente en las cotizaciones de los trabajadores y empresarios y que tiene un marcado acento fiscal, serán más comprensibles, que no justificables, las restricciones operadas para excluir del ámbito de protección a los no nacionales, a los que, en algunos supuestos se les trata, como decía ADAM SMITH, más que como extranjeros como a extraños.

NETTER describen cuatro motivaciones que actúan en las distintas legislaciones para la aparición de discriminaciones por razones de nacionalidad en el acceso a las prestaciones o a determinados niveles de protección.

1º Jurídicas.

La participación de los extranjeros en la vida y desarrollo del país de inmigración es limitada y ocasional, por lo que sus derechos también pueden ser reducidos.

2º Demográficas.

La promoción de la natalidad o el aseguramiento y protección de los miembros de la familia está basada en que los hijos de los migrantes se integren en el futuro en las sociedades de inmigración.

3º Financieras.

La aportación social y de Seguridad Social de los extranjeros es más reducida y limitada que la de los nacionales.

4º Políticas.

La exclusión o inclusión de los extranjeros en el campo de aplicación personal de la Seguridad Social puede ser objeto de negociación internacional o puede condicionarse a la reciprocidad.

Por otra parte, parece difícil y complicado desde perspectivas políticas y técnicas que el Estado de origen de los trabajadores migrantes, ante las restricciones que puedan producirse en el Estado de empleo por la exclusión o inclusión limitada de los no nacionales en el campo de aplicación personal de su sistema de Seguridad Social, compense esta desprotección a través de una desterritorialización de sus normas, vinculando "ad personam" sus disposiciones normativas y superando las cláusulas de territorialidad. La tensión nacionalidad-territorio puede caracterizar por tanto el "quantum" de protección que se otorgue a los trabajadores emigrantes.

Antes de continuar mi exposición quisiera hacer una pequeña observación: la Seguridad Social del retornado y su familia no puede separarse y disociarse de la del trabajador migrante en activo. Existen matices, escalas, peculiaridades y particularidades, pero no diferencias esenciales.

Otra matización. Cuando se habla de Seguridad Social de trabajadores migrantes, a veces se olvida que el colectivo de retornados supera en número o incidencia en España y otros países al de los trabajadores migrantes, entendiéndose como tales a los residentes en un Estado distinto del de origen. Este dato me parece fundamental a la hora de cualquier análisis y aproximación al tema.

Un último apunte. Los nuevos textos en materia de Seguridad Social en Europa van dirigidos no tanto a trabajadores migrantes "strictu sensu" como a personas que se desplazan o residen a/en Estado distinto del que son nacionales, sustituyéndose el término trabajador por el de asegurado y en último extremo por el de persona.

La Seguridad Social de los trabajadores migrantes no ha sido precisamente un tema de devoción de nuestra doctrina. No obstante ya existe desde 1995 un magnífico estudio sistemático, "Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social" de BERNARDO GONZALO GONZÁLEZ que ha llenado con magisterio y maestría la laguna y el vacío existente. De todos modos conviene señalar que, solamente a título comparativo, en nuestra vecina Francia, donde abundan este tipo de publicaciones, una editorial tan popular como "Que sais je?" ha editado hace ahora dos años la obra de GUNTHER NAGEL y CHRISTIAN THALOMY "El Derecho Internacional de la Seguridad Social" en formato de bolsillo y dirigido a la divulgación de este tema entre un público mayoritario. Paradigmático y sintomático.

Centrándonos en el objeto de este trabajo, se puede afirmar, como punto de partida, que las cláusulas de nacionalidad son el primer obstáculo que hay que superar para el desarrollo y realización de los derechos de los migrantes. Las normas al respecto de los distintos Estados ofrecen un panorama variado de alternativas:

- Exclusión a los extranjeros, o
- Inclusión limitada, o
- Inclusión a condición de reciprocidad, o
- Equiparación completa.

En el ámbito internacional, los Organismos Internacionales han jugado un papel relevante en el establecimiento del principio de igualdad de trato entre extranjeros y nacionales. Los Convenios de OIT, y en particular el número 97, y los instrumentos del Consejo de Europa con especial referencia al Convenio Europeo de Seguridad Social se han pronunciado expresa y firmemente sobre este punto influyendo notablemente en el espíritu de las legislaciones nacionales europeas. De hecho, casi todas

ellas tienen incorporado en su ordenamiento la no discriminación por razón de nacionalidad.

España, país no sólo de emigración sino también de inmigración, no recoge de forma general el principio de igualdad de trato en su ordenamiento jurídico. De hecho el artículo 7 de la Ley General de Seguridad Social define el campo de aplicación subjetivo del Sistema de una forma que podríamos describir como de "goteo jurídico": españoles, hispanoamericanos, portugueses, brasileños..., y otros nacionales según Tratados y Convenios o reciprocidad tácita o expresa.

No es precisamente nuestra Ley en este ámbito, aunque por el juego directo e indirecto de los instrumentos internacionales vigentes, el resultado final es más presentable de lo que en principio podría deducirse de la cicatera redacción del artículo 7. No obstante, todavía quedan sin incluir en el campo de aplicación personal de nuestro sistema, colectivos de trabajadores autónomos de determinados países, sin que se comprendan muy bien las razones de esta exclusión.

Ahora bien, el problema de la equiparación entre nacionales y extranjeros tiene abierto, en la actualidad, otro frente más complejo y polémico. ¿Qué se entiende por Seguridad Social? ¿Se consideran Seguridad Social las prestaciones no contributivas? ¿Debe extenderse el principio de igualdad de trato a las denominadas zonas grises con componentes de Seguridad Social y de Asistencia Social? Es aquí donde en muchos casos quiebra este principio y por lo que sigue siendo, para su realización, necesaria tanto la intervención del Estado de origen a través de Convenios bi o multilaterales como la actividad de los Organismos Internacionales.

Superado el primer escollo de la nacionalidad, aparecen por doquier en los diferentes Estados, las barreras territoriales, más difíciles éstas de levantar o eliminar. Así, la mayoría de las legislaciones no plantea problemas a la hora de aceptar nuevos cotizantes y beneficiarios, el tema se complica cuando las prestaciones acreditadas deben ser abonadas fuera del territorio nacional. Surgen las cláusulas de residencia que limitan la conservación de los derechos adquiridos. Y estas limitaciones atentan contra el propio principio de la emigración y de la libertad de circulación.

La libre exportación de prestaciones se configura como la fórmula idónea para materializar el principio de la conservación de los derechos adquiridos y para combatir las restricciones existentes en las legislaciones nacionales vinculadas al principio de territorialidad. Para ello es necesario contar con los instrumentos bi o multilaterales adecuados para ofrecer garantías y seguridades máximas.

No obstante, la no aplicación de cláusulas de residencia ha comenzado a tambalearse precisamente en aquellos Estados con una Seguridad Social más rica, más compleja y con una concepción menos laboralista y más universalista. Así, en la propia Comunidad Europea la exportabilidad de las prestaciones ha sufrido un retroceso o realineación con la adopción del Reglamento 1247/92 sobre prestaciones no contributivas que condiciona, en la mayoría de los casos, el abono de dichas prestaciones a la residencia en el Estado competente. CRISTINA SÁNCHEZ RODAS en su tesis doctoral "La aplicación del Derecho comunitario a las prestaciones no contributivas" ha criticado muy acertada y duramente este precedente como contrario a los artículos 48 y 51 del Tratado de Roma y atentatorio contra el principio de libre circulación de trabajadores.

La normativa española sobre exportación de pensiones resulta curiosa y sorprendente. Si bien, como la mayoría de los Estados Europeos, España aplica el principio de territorialidad a las pensiones no contributivas, por lo que en la actualidad y ante la inexistencia de una disposición concreta y expresa al respecto, éstas se abonan en cualquier parte del mundo, sin discriminación por razón de nacionalidades, con independencia de que exista o no un instrumento internacional "ad hoc" y, lo que es más serio, sin que opere a estos efectos la retroactividad expresa o tácita. Contrasta esta magnanimidad al exceptuar el principio de territorialidad con los criterios restrictivos de nacionalidad tan en desuso en la sociedad europea. Quizás sea para compensar...

Igualdad de trato y conservación de los derechos adquiridos constituyen la piedra angular de la Seguridad Social internacional. No obstante, estos dos principios quedarían en muchas ocasiones vacíos de contenido si no se completasen con otro tercero, esencial para el trabajador migrante: El mantenimiento de los derechos en curso de adquisición.

Las legislaciones nacionales establecen especialmente para el capítulo de pensiones, largos períodos de cotización y, en algunos casos, requisitos de alta o carencias específicas.

Estas condiciones, difíciles de cumplir por el trabajador que ha cubierto toda su vida laboral en un único Estado, devienen en barreras y laberintos, a veces infranqueables, cuando el trabajador ha desarrollado su actividad profesional en dos o más Estados.

De lo que se trata con el principio de mantenimiento de los derechos en curso de adquisición es de reconstruir la unidad de la carrera de seguro de los emigrantes, aunque existan afiliaciones o cotizaciones en diversas legislaciones. A tal efecto se utiliza la técnica de totalización de todos los períodos de seguros para, posteriormente, dar entrada a la cláusula "pro rata temporis" con sus reglas y fórmulas de proporcionalidad.

Para terminar el cuadro de los principios de la Seguridad Social internacional, habría que hacer referencia a otros dos principios que podríamos considerar como instrumentales pero que a veces son los responsables de la materialización teórica y práctica de los derechos: La unicidad de la legislación aplicable que tiende a evitar los conflictos positivos y negativos de legislaciones, y la colaboración administrativa, con sus manifestaciones de ayuda recíproca entre Estados, intercambio de información, coordinación financiera y colaboración técnica.

La distinta configuración y génesis de las normas internacionales de las que España es promotora o destinataria, permite diseñar grandes bloques, que aún respondiendo a un propósito idéntico, la protección del trabajador migrante, se diferencian por su naturaleza jurídica, grado de protección dimanante, técnicas utilizadas y nivel de vinculación o de tutela que ofrecen:

1) DERECHO COMUNITARIO

a) Reglamentos Comunitarios 1408/71 y 574/72. Forman el núcleo central de la Seguridad Social de los trabajadores migrantes en Europa. Son aplicables también a Estados no integrados en la Unión Europea (Noruega, Liechtenstein e Islandia). Utilizan técnicas de coordinación. Se

basan en el principio de libre circulación de trabajadores, entendiéndose también como tal el desplazamiento de trabajadores de un Estado a otro sin motivación profesional. Control estricto por parte del Tribunal de Justicia.

b) Convenios de Cooperación o de Asociación entre las Comunidades Europeas y otros Estados (Lomé, Magreb, Turquía, Países del Este de Europa, etc.). Aplicables en España a inmigrantes. Igualdad de trato. Sin desarrollo posterior con respecto a totalización y exportación.

2) CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS POR ESPAÑA CON OTROS ESTADOS

a) Iberoamérica. Argentina, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Panamá, Uruguay, Venezuela y Méjico.

Instrumentos simples con técnicas de coordinación menos sofisticadas y más limitadas en cuanto al campo de aplicación material que las normas comunitarias. Caracterizadas a veces por una gestión por parte de los Estados latinoamericanos tan lenta y desigual que a veces se convierten en inoperantes.

b) Europa. Suiza, Andorra, Rusia y Ucrania. Protección desigual y con frecuencia incompleta. Responden en algunos casos a situaciones concretas y puntuales de carácter político o humanitario.

c) Resto del Mundo. Marruecos, Canadá, Estados Unidos, Filipinas y Australia. Resultante de migraciones o consecuencia de lazos culturales o históricos.

3) CONVENIOS O INSTRUMENTOS MULTILATERALES RATIFICADOS POR ESPAÑA

Procedentes especialmente de la Organización Internacional del Trabajo, Consejo de Europa, Naciones Unidas y Organizaciones Iberoamericanas de Seguridad Social. Tienen una naturaleza dispar. VAN RAEPENBUSCH distingue entre instrumentos normativos, que implican obligaciones para los Estados, e instrumentos de principios mucho más

generales, etéreos e imprecisos pero de indudable influencia y significado en la elaboración y desarrollo de la Seguridad Social internacional.

El panorama ofrecido sería incompleto y parcial si no procediera a presentar otro bloque de disposiciones de producción interna con contenido o alcance internacional dirigidas a otorgar una protección especial a los emigrantes, llenar algunas lagunas o déficits de los instrumentos internacionales, configurar un sistema de protección paralelo por carencias o limitaciones de las legislaciones extranjeras a las que está sujeto el trabajador migrante español, o bien paliar las ausencias de normas de coordinación "ad hoc".

El mandato contenido en el artículo 42 de la Constitución española y más concretamente el apartado 4 del artículo 7 de la Ley General de la Seguridad Social que señala: "el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección en favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia", han posibilitado un marco normativo con fórmulas protectoras para los trabajadores migrantes y retornados, configurándose cinco prestaciones o medidas de indudable calado e importancia:

- Afiliación voluntaria al sistema español de Seguridad Social de los trabajadores migrantes que realizan su actividad en un Estado con el que España no tiene suscrito Convenio Internacional y de los retornados que no se hallen obligatoriamente incluidos en algún régimen público de protección social. Real Decreto 996/1986 de 25 de abril y Orden de 28 de julio de 1987.

- Aseguramiento parcial de los trabajadores destacados por sus empresas fuera del territorio nacional. Artículo 95 de la Ley General de Seguridad Social y Orden de 27 de enero de 1982.

- Protección sanitaria y contra el desempleo de los emigrantes retornados. Título III de la Ley General de la Seguridad Social. Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981.

- Protección sanitaria y económica de los emigrantes por los accidentes que sufren durante los viajes de emigración. Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1971.

- Protección sanitaria de los familiares del emigrante que permanezcan en España, y del propio emigrante durante sus desplazamientos temporales o retorno a territorio nacional. Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981.

Un comentario final. El resultado del esfuerzo que ha realizado el Estado español en la protección dentro y fuera de nuestras fronteras del trabajador migrante en activo o retornado supera los niveles conseguidos en otros Estados de características similares. Puede imputarse en ocasiones desorganización y asistemática, pero resulta necesario reconocer que la producción normativa internacional española bilateral o multilateral, en su conjunto, tanto por su cantidad como a veces, aunque no siempre, por su calidad, es paradigmática dentro del derecho comparado. Lo que no quiere decir que debamos recrearnos y autocomplacernos. En absoluto, todavía subsisten déficits y se mantienen situaciones de sobreprotección y de desigualdad. Se echa de menos una mayor racionalidad, modernidad, rigor y sobran reminiscencias del pasado.